法 学 研 究

破产法的宪法性及市场经济价值

李 曙 光

(中国政法大学 民商经济法学院, 北京 100088)

摘　要: 破产法作为与市场经济最密切相关的一部法律,其具有“宪法性”价值。破产法为市场经济提供了一个统一的、公平的、可预期的市场规则和制度;且只有建立完善的破产制度并有效实施破产法,才能在市场经济中发挥替代法则和市场出清理论的作用与功效。此外,破产法有两大重要发展,清算程序是早期破产法的核心程序,其与市场出清理论、替代法则和市场经济公平竞争、价高者得、优胜劣汰这三大定律紧紧联系在一起,以迅速地出清市场为目标,充分体现了效率价值;后期随着转机理论的出现,重整制度以美国为源头,迅速在世界的资本市场中扩展,其以挽救企业为目标,更加注重企业的营运价值。清算和重整两大现代最为重要的市场退出制度,共同揭示了破产法的市场经济价值和理念。

关键词: 宪法性价值;市场退出制度;破产清算;破产重整

中图分类号: D 922.291.91　　**文献标识码:** A　　**文章编号:** 1000-5919(2019)01-0149-09

市场经济又称为自由市场经济或自由企业经济,是一种经济体系。市场经济理论的奠基者是亚当·斯密,但市场经济在人类历史上早已存在。在这种体系下,产品和服务的生产及销售完全由自由市场的自由价格机制所引导,而不是像计划经济一般由国家所引导。市场经济起源于英国 14、15 世纪的“圈地运动”,成形于 18 世纪英国的工业革命。它一经产生,便成为最具效率和活力的经济运行载体。迄今为止,全世界绝大多数国家都纷纷走上了市场经济的道路。

一、破产法在市场经济中的“宪法性”价值

破产法的宪法性甚少为人关注,因为在法学界一般认为破产法是民商法学的边缘法学科,早期学界认为破产法只是程序法,甚至只讨论原《民事诉讼法》第 19 章。现在法学界讨论破产法时将其定位成一个部门法或特别法。但是本文认为以上对破产法的理解是有问题和有缺陷的。破产法是市场经济不能或缺的内容,它不仅涉及程序问题,也涉及实体法问题。那为什么市场经济需要破产法? 很重要的一点是因为破产法具有宪法性质。

市场经济需要一个统一的市场。这也是市场经济从古典发展到现代的一个走向。中国改革开放之初,强调让一部分人先富起来,当时用“政策”代替“市场”这个词,所谓给“政策”就是给“市场自由度”,就是一个制度松绑的过程。然后这种制度松绑慢慢放大到像安徽、四川等改革比较领先的省份。例如,安徽出现的“傻子瓜子”事件,年广久原来在国有企业是做瓜子的,后来他倒卖“傻子”瓜子。彼时《刑法》中有一条“投机倒把罪”,最高可判死刑,但实际上当时的“投机倒把”在现在被称为“物流”。当时年广久一案被定性为“投机倒把罪”,轰动一时,后来邓小平同志出来说话,认为年广久卖瓜子不能被认定为投机倒把,才把他释放。之后学界开始反思《刑法》的正当性,把“投机倒把罪”取消掉。现在这么多的物流公司,如果按照当时的说法,都是在搞投机倒把。“年广久事件”说明市场经济的试验在不断扩大。

收稿日期: 2018-12-10

作者简介: 李曙光,男,江西吉水人,中国政法大学民商经济法学院教授。

如果市场经济是区域化的、分割的,不同的市场参与者的地位、权利和责任就不一样,债权人利益就得不到平等保护,所以市场经济需要一个统一的市场。市场经济的内在动力要求不断扩展市场的边界,并逐步演化为市场的全球化。但是由于各个国家制度的差异,每个国家对于统一市场的能力和制度安排也是不一样的。从市场经济来说,它最需要的制度,实际上是一个统一市场,并能给予市场参与者一个稳定预期及平等保护,市场参与的各方都能接受的一个公平的制度,那就是破产法。所以说,破产法具有基础性与母法性,一定程度上即具有"宪法性"。

宪法是约束制衡权力的基本法,也是保障公民权利的基本法。破产法是市场经济的"宪法",表现于破产法涉及宪法实体内容层面的权利与权力问题。

世界上破产法最发达的国家是美国。美国最早的立宪者,包括杰斐逊、汉密尔顿很早就考虑到破产法的宪法性问题。《美国宪法》第 1 条第 8 款规定了美国国会有 18 项权利,其中第 4 项权利强调,美国的两部法律必须由联邦来制定,不允许州一级制定,一部是美国的国籍法,另一部就是破产法。① 在美国宪法当中,规定这样的条文非常不易。美国最早组建联邦的时候是 13 个州,美国立国者很早就认识到,这 13 个州必须非常独立,联邦要给予各州最大的自由权,包括政治权力、军事权力、外交权力。在联邦宪法之外,各个州可以制定自己的宪法,有自己的一套公法和私法体系。直至今天,美国没有一部统一的公司法,有的是特拉华州公司法、纽约州公司法、加利福尼亚州公司法等。统一版本的公司法,也只是美国商会,一个非政府组织所做的指引,并无法律约束力,有效力的是各州的公司法。美国刑法的情况也如同公司法,各个州都有自己的刑法。在这样一批特别强调各州独立性的立法者的带领下,能够把破产法写到联邦宪法,破产法只能由联邦来制定,这是非常了不起的成就。

美国立宪者为什么要这样做呢? 当然研究美国的破产法史是很有意思的问题,美国破产法是学习英国而来,但是一个国家第一次把破产法放到宪法层面来,是非常值得讨论的问题。1786 年美国制定宪法的一个重要原因是要处理破产问题,要处理债务问题。在比尔德(Beard,C.A.)的《美国宪法的经济观》(An economic interpretation of the constitution of the United States)②一书也可以看到这一点。独立战争时各州政府打仗很需要钱,于是就征税,各个州征税太多,导致民怨四起,大量的债务人存在破产危机,爆发了以谢司起义为标志的债务人革命。所以当时 13 个州的领导人聚集在一起,很重要的议题就是讨论美国的宪法应该如何制定,怎么立破产法让债务人还债? 如何保护债权人利益? 而当时的债权人中有很多自己就是立宪者。债务人不想还钱,所以当时发动起义,但 1786 年谢司起义失败了。在镇压谢司起义后的一百天,美国人开始制宪,这就是早期为什么美国宪法要写上破产法的一个重要原因。

美国有 50 个州,其他法律都可以由各州制定,但破产法不允许各州议会制定。其重要原因,就是要保护跨州、甚至是跨国的贸易,建立一个统一规则的市场,并希望这个市场能够做大。如果一个市场是割裂的,不是统一标准的,那么这个市场的参与者是得不到公平保护的。所以应该有一部法律能够保护所有的市场参与者,特别是保护市场信贷的主要供血者即债权人的利益。对于一个自由的市场企业来说,最需要的是能够给其提供信贷的人,这样的债权人是需要法律保护的。

现在美国的破产法已跨出国界,很多国家的破产法都以美国破产法为蓝本,其基调就是保护一种跨境的、跨界的、跨国的贸易与市场交易。破产法一体化的趋势越来越强,德国破产法借鉴美国破产法,1999 年改革之后,废除了"和解法"。日本从 20 世纪 90 年代末期开始倒产五法的改革,其破产法已经实施了 100 年,日本破产法把和解制度废除,也是学习了美国的破产法。此外,一些其他国家的破产法也具有宪法性价值,包括瑞士、澳大利亚等英联邦国家都继承了这样的传统。

---

① U.S. CONST. art.1, §8.

② 比尔德:《美国宪法的经济观》,何希齐译,北京:商务印书馆 2009 年版。

瑞士破产法开篇即申明该破产法是瑞士联邦议会根据宪法第 164 条予以制定,而瑞士宪法第 164 条规定重大法律的立法权属于联邦议会。在澳大利亚,为协调各州法的矛盾,各州达成协议,有关公司破产立法事项由联邦一级负责,包括立法权和管辖权。许多国家为防止各地方政府(各州)之间的利益冲突,维护统一的贸易市场和交易秩序,以使债权人得到平等保护,一般都把破产的立法权和管辖权归于中央或联邦。

今天看来,虽然在早期美国立宪的时候,破产法还没有今天如此重要的作用,但是美国立宪者出于当时现实的政治经济利益的需要,把破产法作为必须由联邦国会制定的一部法律,美国立宪者的做法是非常有远见的。破产法的宪法性价值确实是因为其扮演着市场经济基本铁律的角色,扮演着市场出清的角色。而美国的立宪者看到了破产法对于统一市场的重要性,对于跨州跨界甚至于跨国交易的重要性,看到了把债权人利益保护作为破产法“元问题”的重要性,这是美国立宪者对市场经济最深刻的理解,也可以说是对于之后美国及其经济实力领先全球的一个最好的制度预见。这一点对我们今天认识破产法的价值,具有重大的启示意义。

二、市场退出制度的理论基础

现代市场经济有五大特征:第一个特征是私有产权的确立和自由企业的存在。市场经济的前提,是产权的确立和保护以及企业的自由。市场经济有三个铁律,即最基本的规律或者规则,构成了市场经济第二、第三、第四个特征。第二个特征是价高者得。资源配置的有效性就在于它是市场化的,是自由的价格决定的,是一种价高者得的经济。第三个特征是指市场经济是一种公平竞争的经济,或者说是权利义务责任界定分明的经济,强调市场秩序与竞争环境。第四个特征是优胜劣汰,其强调市场竞争是有效竞争,是有淘汰的竞争。市场经济这三个铁律实际上都与破产法相关,自由市场经济的假设是靠市场经济铁律实现的。第五个特征是,现代的市场经济是全球化的。随着互联网时代的到来,随着人类地球村的活跃,现在市场经济是一种传播性非常强而且互通互联非常强的经济。市场经济的五个特征构成了我们市场经济的基本理论和框架。

市场经济的优胜劣汰规则要求市场经济法治为市场主体退出做好制度安排。市场退出制度中两个极具价值的理论是替代法则和市场出清理论。

(一)替代法则在市场退出制度中的表现

替代法则是经济学概念①,是指在整个市场的发展过程中,存在一个隐藏的圆,这个圆里的各个要素都在变动,但变动具有替代性。换言之,当产品在市场上出售时,若生产资料、原材料、市场价格等要素没有变化,产品的价格很难发生变化;又因为价格变化决定利润变化,总会有企业致力于以新要素替代旧要素,以改变产品的价格与利润。例如,对生产者而言,一个产品的价格要素上升,会带来生产成本的改变,或者利润的下跌,它当然会促使企业寻找到更低廉的、更便宜的生产要素去替代它。也就是说,如果一种要素价格下降而其他要素价格不变时,那么用这一相对便宜的要素替代价格上升的要素,会使企业从中获利。在市场经济中,替代法则始终发挥着作用,高成本被低成本替代,没有竞争力的企业或者低竞争力的企业被有竞争力的企业替代;世界经济贸易的发展也遵循替代法则,美国的投资从最早的亚洲四小龙,转移到中国大陆,从中国大陆的沿海推向中部,又推至西部,待西部无法赢利后,又开始转移到越南、缅甸等拥有廉价劳动力的国家。这是市场经济规律,也就是所谓经济学上的替代法则。

制度经济学的创始人科斯最早提出了“交易

---

① 约瑟夫.E.斯蒂格利茨、卡尔.E.沃尔什:《经济学》,黄险峰、张帆译,北京:中国人民大学出版社 2005 年版,第 132—133 页。

费用”的思想①,阿罗具体论证了这一概念②,威廉姆森又把这个概念发展成“交易费用理论”③。科斯认为企业出现的重要原因是替代价格机制的存在,这一机制替代价格信号,使企业能够把外部交易费用内部化,降低交易成本。从法律的角度看,企业是一个法人,是一个有场地、有注册资本、有生产产品的实体。从制度经济学或者法经济学角度看,企业是由一系列合约、一系列制度安排组成的有机结合体。

随后出现“企业生命周期理论”,具体指企业的生命有多长。按照美国经济学家的理论,美国的企业平均寿命大概在 30 年。企业的生命周期在中国如何呢? 2013 年国家工商总局统计数据显示,现在中国的企业存活率比较低,近五成企业的年龄在 5 年以下,近 5 年退出市场的企业平均寿命为 6. 09 年④。在“大众创业,万众创新”政策下,2018 年前三个季度,市场主体延续较快增长势头,新创立的市场主体成为主力军。2018 年 1 月至 9 月,全国新设市场主体 1561. 6 万户,同比增长 10. 4%,平均每天新设 5. 72 万户。其中,新设企业 501. 2 万户,增长 11. 1%,平均每天新设 1. 84 万户。此外,截至 2018 年 9 月底,全国实有各类市场主体 1. 06 亿户,其中企业 3362. 8 万户,占 31. 6%,比 2013 年底提高了 6. 4 个百分点,⑤增加速度非常快。企业每天在出生,由于制度安排、企业竞争力以及企业创新能力不同的问题,企业每天也在不断死亡。2017 年,约 600 万企业申请登记,到年底约四分之一的企业退出市场,其中约 123 万户注销,61 万户吊销,70 万户申请简易注销,38 万户通过简易注销;2018 年上半年,共有 327 万企业申请登记,其中企业注销数量为 77 万户,吊销数量为 37 万户;⑥破产案件受理数量也明显上升,经统计,到 2018 年 10 月份,全国受理企业破产案件 13836 件,已结 7666 件⑦。这就是经济学所讲的替代法则的原理,用制度经济学解释,就是由于交易费用成本变化,导致企业之间也会出现生和死的替代,竞争力强的企业会替代竞争力差的企业。

(二)市场出清理论在市场经济中的体现

市场出清理论指的是商品价格具有充分的灵活性,使需求和供给迅速达到均衡,在市场之手的作用下,市场会自然而然地淘汰那些不需要的、闲置的资源,市场表现为没有定量配给,没有资源闲置,也没有超额供给和没有超额需求。⑧

出清的市场是最好的、最干净的市场,是一个没有臃肿赘肉的非常健康的肌体。在出清的市场情况下,便会出现挤出效应,这个挤出是挤出市场泡沫,市场没有闲置的资源,没有信用垃圾。市场出清理论也是经济学中的一个重要理论,类似帕累托最优理论。但某种程度上,市场出清又是一个注重效率的理论,没有效率的资源也会被挤出市场。破产法在市场经济中的作用就是提供一套市场出清机制,实现市场主体的优胜劣汰。对于市场中那些无偿付能力主体就应当有壮士断腕的决心,应该清算的就坚决清算,应该重组重整的就

① R.H.Coase, “The Nature of the Firm”, *Economica*, 1937, Vol.4, 386, 388.

② K.J. Arow, “The Organization of Economic Activity: Isues Pertinent to the Choice of Market versus Non-market Alocation,” in Joint Economic Commite, *The Analysis and Evaluation of Public Expenditure: The PPB System*: Vol.1, Washington: Government Printing Office, 59, 70(1969).

③ O. E. Williamson, *The Economic Institutions of Capitalism*, 20, The Free Press, 1985.

④ 数据来源于《总局发布全国内资企业生存时间分析报告》,见 http://www.saic.gov.cn/xw/yw/zj/201307/t20130730_209520.html,最后访问日期:2017 年 5 月 30 日。

⑤ 数据来源于《市场监管总局就〈2018 年前三季度市场环境形势分析〉举行发布会》, http://www.china.com.cn/zhibo/content_68249388.htm,最后访问日期:2018 年 12 月 10 日。

⑥ 数据来源于 2018 年 10 月 15 日国家市场监管总局召开的关于完善市场退出机制专家论证座谈会上国家市场监管总局注册司负责人的发言。

⑦ 数据来源于 2018 年 10 月 30 日国际破产协会中国一日研讨会(北京)上最高人民法院审判委员会副部级专职委员刘贵祥的演讲。

⑧ 胡代光、高鸿业:《现代西方经济学辞典》,北京:中国社会科学出版社 1996 年版,第 182 页。

全力推进,要坚定打破“国家兜底”的惯性思维,不要在泡沫积累蔓延后被动破裂。

经济学的这两个理论告诉我们,替代法则要发挥作用,市场要实现出清,就需要实现市场主体退出的破产制度。今天中国有这么多不成功的市场主体仍在市场上从事经营活动。实际上有一些企业就是“骗子公司”。“骗子公司”越多说明这个市场越浑浊,说明这个市场信用垃圾越多,也说明市场的替代法则与出清理论没有发挥作用,也就是破产制度没有发挥作用。所以市场出清理论、替代法则理论需要破产制度做制度支撑。

三、市场退出的制度安排

(一)清算制度的概念内涵

市场经济出清与替代理论的制度安排就是清算制度。早期破产法的重要理念之一是市场主体在竞争中失败时,要迅速被更有竞争力的企业所替代。替代法则和市场出清理论,要求在市场竞争中失败的主体应该迅速退出市场。如果晚一天退出市场,就会给市场多带来一天较高的交易费用,所以,体现市场效率的最好制度就是清算制度。

清算制度有三个概念,第一种是普通清算。普通清算规定在《公司法》中,当事人即债权人、债务人或是股东之间自愿的意思表示,没有太多争议地终止公司经营,对债权债务关系进行了结,我们一般把这种情况称为普通清算。选择普通清算,公司不一定是亏损,但是公司不想再继续营业,最后将债务清偿完毕即可。

第二种是强制清算,也是《公司法》规制的。强制清算是在债权人与债务人自愿清算遇到障碍和麻烦的时候,需要公权力的介入的一种清算。强制清算又分为两种,若由司法介入,则是司法强制清算,即由法院指定清算组进行的清算;若是行政机关介入,则是行政强制清算,这是中国特有的一种制度。这两种都称为“法庭外”的清算。

普通清算与强制清算,实际上都不是市场退出的主流制度,市场退出的最主流的制度第三种清算,即破产清算,也就是纳入破产法框架下的清算制度。破产清算的特征与前两种清算有较大不同,它是一种集体清算程序,一般涉及众多债权人;而早期的清算都是单一特性的,是单个债权人和单个债务人之间一对一的关系。但是随着现代经济的发展和经济交易的复杂,当一个债务人破产,如果每个债权人都追求单独清算效率的话,那么一定会损害其他债权人的利益。破产法的出现就是为了让众多债权人在一个司法框架下,对债权债务关系进行统一的公平解决,集体的有序清偿。破产制度实际上就是要给债权人一个集体的、有序的、排队的偿债安排。立法者认为这样一种安排是最有效率的,也是最快捷、最有效、最公平保护债权人的制度安排。

(二)破产清算的效率价值

破产法早期一个很重要的价值就是效率的价值。清算程序是市场经济当中最讲究效率的机制,是一个真正的优胜劣汰的机制,是一个狼驱羊的机制,即所有的羊拼命地在前面跑,因为后面有狼追逐,掉队的羊是要被狼吃掉的,这就是一个优胜劣汰的市场丛林法则,价高者得与公平竞争两大定律发挥作用,都是因为有优胜劣汰的机制在后面压阵,其具有巨大的原动力。破产清算的主要目的在于:第一,建立债权人的排队意识;第二,建立公平清偿债务的机制;第三,使债务人合法地豁免债务,给债务人一个重新开始的机会。

这种制度从个案看,会使债权人在清偿时得到公平清偿;如果从一个更宏观的角度来讲,会让资源流向更好的更有效率的领域。从债务人的角度来讲,也有一个重新选择、重新开始的机会,会使其从欠债的泥潭当中合法地拔脚出来,去从事新的创业创新。如果债务人是一个诚信债务人的话,会通过新的选择去重新开始,给整个社会资源的优化配置做出贡献。

如果市场出清的速度不讲效率,则会使市场的偿付能力和整个市场债权人债务人关系处于浑浊、冲突的状态,债务人就没有机会做新的创业和创新尝试。破产法的出现就是要解决这样的制度成本问题。

一个市场主体要退出市场,如果没有破产法与破产清算机制,其成本会非常高昂。一些不想继续经营的企业无法正常退出市场,一些信用差的债务人也淘汰不了。中国企业的注销就是典型例子,在简易注销制度改革推行前,企业注销程序

过于僵化,所有类别的企业统一适用《公司登记管理条例》和国家工商总局的规定。公司企业法人在注销登记时,需要提交的材料多达 10 种,分属税务清税、社保清保、海关节税等多个部门管辖,企业注销时手续异常繁复,耗时长、成本高,企业苦不堪言,于是大多数企业选择一走了之而不履行注销程序。对于很多没有债权债务关系的,甚至是没有营业过的企业,还有一些每年不向工商登记部门交企业法人年报材料的企业,列入经营异常名录的企业,这些企业都可以称为“休眠企业”,其中有部分是“僵尸企业”,简易注销制度可以加速对这些企业的市场清算清理。① 但对这些休眠企业,仅有一般的公司注销制度是不够的,还得有破产清算制度及程序,甚至还得有破产清算的配套制度。

中国的“休眠企业”非常多,但这些企业是否都是真正休眠应当存疑。至 2017 年底,经营异常名录实有市场主体 469.5 万户,其中企业 433.7 万户,严重违法失信企业实有 5938 户,联合限制失信被执行人担任企业高管 22.6 万人次;其中仅 25.5 万户企业补报了 2016 年度年报,占未按时年报企业的 10.7%,占应年报企业的 1.03%。② 截至 2018 年第三季度,列入经营异常名录企业已经增长到 513.6 万户,列入严重违法失信企业名单企业 43.6 万户。③ 许多企业应该进行年度申报而没有年度申报,还有部分是没有正常市场退出的违法经营企业,这会给社会增加很高的交易成本。如信用的成本,一些没有信用、应退出市场的企业仍然留在市场上进行经营,会给市场交易提供虚假信息,会扰乱相互信任的交易关系。我国现在有企业征信制度,有信用污点制度,有企业经营异常名录,这些经营异常的企业,工商登记监管部门会对其进行信息披露,但仅是信息披露是不够的。按发达国家的制度,这些有污点记录的企业,其股东、董事、企业高管是不能开办新企业,不能办养老保险,不能再担任公司董事高管,甚至不能出国出境,这都是靠破产清算的司法强制制度才能做到。但是我们国家没有这些企业破产清算配套的细节制度,或者虽然法律上和规章上有一些禁止性限制性规定,但实践中都没有落地,这就积累了许多市场信用垃圾。因此,这就是为什么中国会存在这么多不诚信的、坑蒙拐骗的市场主体。企业在失败或不经营之后,应对企业实体迅速进行清算注销或进入司法破产清算程序后再注销,快速清理市场主体垃圾,所以市场出清要有好的制度安排,完善的破产清算制度及其实施很重要。如果没有好的破产法及其实施,失败企业(含正常经营失败企业或者缺乏信用公司)退出市场非常困难,成本非常高。

对于制度成本问题,根据制度经济学原理和科斯定理,当交易费用为零的时候,不论初始产权如何安排与界定,都不会改变资源配置的结果;当交易费用大于零的时候,那么不同的产权界定,不同的产权制度安排,会决定资源配置的结果与效率,这是两个最基本的科斯定理。④ 换言之,交易有成本,在不同的产权制度下,交易成本可能不同,从而资源配置的效率也不同。因此,优化资源配置需要对产权进行最优界定。笔者认为还有科斯定理三,即优良的制度有利于降低交易费用,并非所有有关产权界定的法律都是良法,法律制度有良法与恶法之分,只有良法才能够极大地降低交易费用。优良的法律制度不是写在纸上的。美国学者诺斯在理论上完善了对制度的解读,其提出制度是经济发展的决定力量,认为制度包括正式制度、非正式制度以及制度的实施,三者共同构

① 李曙光:《论我国市场退出法律制度的市场化改革——写于〈企业破产法〉实施十周年之际》,《中国政法大学学报》2017 年第 3 期,第 18 页。

② 数据来源于《工商总局就〈2017 年市场环境形势相关情况〉举行新闻发布会》,http://home.saic.gov.cn/hd/ftzb/hdzb/2017schjxx/,最后访问日期:2018 年 12 月 10 日。

③ 数据来源于《市场监管总局就〈2018 年前三季度市场环境形势分析〉举行发布会》,http://www.china.com.cn/zhibo/content_68249388.htm,最后访问日期:2018 年 12 月 10 日。

④ R.H.Coase, “The Problem of Social Cost,” *Journal of Law and Economics*, Vol.3, Oct., 1960, at 1.

成完整的制度概念,并不仅仅限于法律。① 正式制度之外,还有很多非正式制度,包括习俗、潜规则、习惯等。有些中国学者的认识误区在于仅将法律视为制度,忽视非正式制度及制度实施的制度价值。制度的实施是制度的一部分,所以好的法律制度就是我们讲的良法,它是能够大大降低交易费用的。新时代依法治国,我们需要有好的破产法和好的破产法实施,使破产清算这样一个非常有效率的制度较好地发挥作用。所以说,市场在资源配置中起决定性作用,首先得让破产清算在资源配置中起决定性作用。没有破产清算制度发挥作用,市场不可能在资源配置中发挥作用。

四、市场退出制度的重要演进

(一)“重整”理论的由来

“重整”(Reorganization)是市场经济另外一个重要的退出制度安排,也是近四十年破产法最重要的进展。重整理论首先来源于英美法的哲学,特别是美国的哲学理念,就是要允许失败者有再来一次的机会,这是一个很重要的社会宽容文化。

20 世纪六七十年代,在美国出现了一个很重要的理论并迅速风靡国际,即“转机理论”(Turnaround)②。“转机理论”是指企业从出生到死亡,罗马的倒塌不是一天发生的,有一个由生病到死亡的过程。“转机理论”是拯救处于困境与危机中企业的方法与程序。任何处于困境中的企业病人都是可以拯救的,问题是选择什么样的药方与医治手段去治疗。转机管理类似一剂药方,帮助企业预防并医治企业的病患,提升企业绩效,实现可持续增长。当公司惨淡经营、摇摇欲坠之时,转机管理成为起死回生的灵丹妙药。

公司企业有其自身的制度设计与理想追求,企业形成各种合约及其履行也是有一过程的,比如企业要生产什么样的产品,哪些技术人员来开发这样的产品,生产产品需要哪些原材料,企业要找哪些熟练的工人,还要有生产过程,然后企业要把产品怎么卖到市场,然后找销售人员,这是由一系列合约组成的。这样一个过程,从企业家萌发想法,到逐步找到这些合约,到合约在市场逐步实现,这是一个漫长的过程。这一过程中企业也会出问题,就像人一样,大多数人刚生出来都是健康的,然后他要历经各种各样的社会磨难,在每个年龄阶段都可能会出现生病现象,甚至是重病,但生病不意味着立即死亡。因此就出现了这一再生理论,即所有人从生病到死亡过程中,是有被挽救机会的,这个挽救就叫“转机”(Turnaround),它是一种生命的拯救再生,也是一种生命哲学,人是可以再来一次,甚至可以再来几次的,当然这种再生它是有前提条件的。

(二)重整理论在美国破产法中的体现

在“转机理论”的指导下,1978 年美国《破产法》进行重大改革,增加了第 11 章,即“重整”(reorganization)这一章。重整这个思想最早是谁提出来的已不可考,美国在 19 世纪二三十年代,就对铁路公司做过重整,但是那时并没有形成为法律。“重整”成为法律是 1978 年美国立法者的智慧——美国《破产法》的第 11 章,现在全世界都熟知与流行。2017 年 3 月在澳大利亚悉尼开国际破产协会(INSOL)全球大会,全世界有上千名破产专家参加,会场上大家不说“重整”这个概念,都说“Chapter 11”,因为大家都知道,“Chapter 11”指的是《美国破产法》的重整一章,美国破产立法者把这一章写到破产法当中,就叫“Reorganization”,我们把它翻译成“重整”。

重整指的是在司法框架下,在法院法官的组织下,债权人、债务人的一个谈判程序,这个谈判程序就是要债务人或者债权人提供一整套让这个企业再生、重生、更生、重组的计划,这套计划有可能是债务重组,有可能是股权重组,有可能是债权人和债务人的重组。重整计划提出来,经过一定的司法程序得到批准后,就成为这个企业再生的法治安排。

这套制度在 1978 年写入美国《破产法》之

---

① 道格拉斯·C·诺斯:《制度、制度变迁与经济绩效》,刘守英译,上海:三联书店 1994 年版,第 92—93 页。

② Edmond P. Freiermuth, *Turnaround: avoid bamkruptcy and revitalize your compary*, Blue Ridge Summit, PA: Liberty House, 1989.

后,在实践中得到了迅速反馈。早期这一制度运用于诸如美国联航公司、克莱斯勒公司破产的案件。后来的大型公司破产案件还用这一制度非常多,如安然公司破产、雷曼兄弟破产、通用公司破产等。2001 年安然公司的破产是当时最大的破产案,雷曼兄弟是近些年影响最大的一个破产案。除此之外,许多大小商业银行的破产,也都使用了《美国破产法》第 11 章。所以破产重整制度是使用率非常高的破产程序。

(三)重整理论的世界扩展

并不是只有美国一个国家在运用重整制度。重整制度问世后,在美国的资本市场、公司股权市场乃至美国的整个企业界掀起了重整的浪潮,这个浪潮就传播到全世界,现在各国的破产法都学习这个制度。我们中国是 2003 年才开始意识到重整制度的重要性,开始把重整制度借鉴到中国破产法当中。

1995 年,大陆法系的领军国家——德国《破产法》修改的时候①,主要学习的就是美国的 Chapter 11,所以 1999 年德国破产法生效的重整制度与美国类似。日本的倒产五法中的"民事更生"和"株式会社更生"制度,也是借鉴 Chapter 11。这就形成了一个世界性的破产法改革浪潮。

破产制度原来仅仅是清算的概念,而现代破产法不仅具有清算价值,还具有重整价值,它是给市场主体一次再生的机会。市场主体重塑不仅仅适用企业,后来美国《破产法》第 13 章修订,个人债务也可以重整。由此可见,重整制度非常有效,这是破产法发展的一个大趋势。

(四)重整价值的判断

为什么现在大型企业的破产用重整制度与程序比较多? 第一,因为大型企业有很多无形资产和难以估值的资产。比如说大型企业的品牌,树立品牌是需要很多年的,企业简单死亡对品牌确实是毁灭性的。比如美联航破产,航空企业有很多营运价值,比如它的飞行安全性、飞机起降的速率、它的全球客户网络、营销团队、经营管理团队、商业秘密以及对税收和就业岗位的提供,这都是很难估值的,所以不能单纯从企业资产价格本身或者它的负债本身来判定这个企业是不是应该破产清算。

第二,如果可以把企业其中一些经营要素、生产要素、服务要素进行低价格要素替代,它有可能产生新的价值。所以,判断一个企业,判断一个市场主体能不能重整,是要去发现它有没有营运价值。这种发现就是原有经营者、原有市场条件下有可能没有注意到的因素,这时候一般要有重整专家进入,才能发现破产企业的营运价值,美国有 CRO 制度,就是"首席重整官",他可以迅速发现这个企业有没有重整价值,主要看有没有营运价值,然后改变它的管理结构,改变企业的经营方式,降低企业经营成本,现在世界上比较流行"精益管理",实际上就是降低企业各种成本。通过这样一套方法能够让企业具有重整价值。

第三,是因为企业具有较大的社会公益性。如果企业的死亡会带来市场信心问题,会带来一大批工人失业问题,就会对社会公众利益造成一定的减损。那么某种程度上,自由市场的理论当中,也有干预理论,但这个干预者不一定是政府,在美国,市场干预不一定是政府在干预,还可能是法院法官干预。因此,对破产重整案件受理法院法官的要求是非常高的。我们看到美国大多数大企业重整案件是在美国纽约南区破产法院审理的,因为这个法院的法官水平非常高,法官是站在全球市场角度来看企业重整个案的。这个企业值不值得拯救? 怎么救? 而且要救的话,旁边还有一个巨大的市场,华尔街市场能不能容忍它? 所以这样的法官,某种程度上本身就是一个企业家,所以本文把这种法官称为"企业家法官"。一般意义上,司法不干预商业判断,但是在美国的大型企业重整中,司法往往干预商业判断,但这个干预是一个类市场化干预,是一个商业判断,是非常准确的一种商业判断,法官能够对商业判断有特别敏锐的嗅觉能力。

当然在美国破产重整案中,我们也看到一些水平不高的法官,也有个别法官想出名或基于其

① 1995 年 10 月,笔者曾拜会刚从美国考察归来的德国国会破产法修改小组的三位议员并就德国破产法修改的内容进行交流。

他利益考虑,所以也会刻意制造一些社会关注案件,如对雷曼破产案件主审法官,美国社会就有一些不同评价。但要承认,这些法官应该是对市场经济的精髓了解非常深入的,是有从微观到宏观把握的。当然,法官干预的重整案毕竟不多,大多数企业重整是市场自身选择、资源自然配置的结果。

市场经济退出的主要制度安排不仅包括清算制度,还有重整制度,这也是从早期破产法到现代破产法的重大发展。

五、结　论

市场经济要求有统一的市场,统一的市场要求至少在非健康主体退出市场时适用统一的制度安排。如此的法律制度便将影响区域市场中其他相关制度的制定,进而在整个市场经济中具有基础性作用。这一法律制度便是破产制度,因而,破产法是市场经济的“宪法”。

在替代理论和市场出清理论的主导下,市场退出制度为市场主体提供清算的制度安排,破产清算是在债权人利益已经无法完全得到保障下做出最大限度保护的制度安排,最为体现市场经济的基本理念和价值。

随着社会经济的不断发展变化,破产制度实践的发展,破产法不再只考虑保护债权人利益,也给诚信债务人重生的希望,即破产法演化出重整制度。重整制度自身通过实践在不断完善,并为越来越多国家的破产法所吸收。

清算和重整两大现代最为重要的市场退出制度,也是破产法律制度的主要组成部分,共同揭示了市场经济公平竞争、价高者得、优胜劣汰的基本价值和理念。

The Constitutional Value and the Market-based Economic Value of the Bankruptcy Law

Li Shuguang

(*Civil*, *Commercial and Economic Law School*, *China University of Political Science and Law*, *Beijing* 100088, *China*)

Abstract: As a law that is most closely related to market-oriented economy, the bankruptcy law is undoubtedly equipped with constitutional value. The bankruptcy law has built up a series of unified, impartial and predictable rules and a complete system. And the law of substitution and the theory of market clearing will take effect in market-based economy only if there is a complete and thorough bankruptcy system in which the bankruptcy law is effectively implemented. On top of that, the bankruptcy law has two aspects of significant development. Liquidation procedure was the core procedure of the earlier bankruptcy law, bound up with the law of substitution, the theory of market clearing, and the three rules of market-based economy that are related to fair competition, success of the highest price offer, and selecting the superior and eliminating the inferior. Therefore, liquidation procedure aimed at clearing the market promptly and perfectly embodied the value of efficiency. Later, with the advent of the turning theory, the reorganization procedure originating from America expanded so quickly in the world capital market, which aimed at saving companies from bankruptcy and laying more emphasis on companies' operational value. Hence, as the two most important market exit systems in modern times, liquidation procedure and reorganization procedure have jointly revealed the market-oriented economic value and philosophy of the bankruptcy law.

Key words: constitutional value, market exit system, bankruptcy liquidation, bankruptcy reorganization

(责任编辑　李　铄)